

民事訴訟法基礎論



姜世明 著

元照出版公司

新編 國語 教科書

第一冊

第一冊

第一冊

十一版序

民事訴訟法原具公法之特質，對法安定性之要求，被認為係法治國中國家權力行使之基礎，亦因此民事程序之規定，其立法基調應係以法安定性為原則，至於依個案正義需求調整則為例外。

但近世法文化、價值、典範屢經變遷，在民事訴訟中加入諸多不確定法律概念，無形中擴大法官在程序中權力之運用。而此等概念或原則之運用猶如雙面刃，如公平合理原則之擴大運用，固可給予執法者實現具體個案正義之利器，但操作不當，因人而異之司法，其法安定性，即有可慮；又如何之條件乃可符合法原則重要性，而得准許提起第三審上訴，亦呈現對選案權行使妥適性之疑慮。

在一審不擴大合議制，不行參審，不擴大律師強制代理，不使資深優秀法官留一審辦案及傳承經驗時，所謂金字塔化之改革，無異淪為推手或鋸箭式的自欺欺人，被獻上司改祭壇的，恐怕不是惡法劣制或不適任法官，而是更多追求正義之無辜當事人。

姜世明

2018年8月26日

... ..

... ..

... ..

... ..

序 言

本書各文已發表在近年來月旦法學教室中，為免學生影印之煩累，特為部分內容修正增補後，集結成冊。

本書係為補充上課筆記之不足，惟對於問題提出及重點提示，僅點到為止，故非學術專論；而因內容亦僅對於民事訴訟法為部分之討論，非屬完全之作。對於民事程序學理之變遷，本書僅供提示問題之用，並無解決所有問題之企圖心。希讀者注意及之。

民事訴訟法之學理發展變動至為迅速，其對於教學者及學生均為一大挑戰，惟誠謹面對自己之有限及不足，或較可能稍對於相關學理能得點滴之心得。

以此自勉之。

姜世明

2006年9月3日

目錄

第一章 緒論 1

第二章 經濟學之基本理論 10

第三章 經濟學之發展 25

第四章 經濟學之方法 40

第五章 經濟學之應用 55

第六章 經濟學之批判 70

第七章 經濟學之展望 85

第八章 經濟學之結論 100

編者 某某

某某出版社

目 錄

十一版序

序 言

第一篇 民事訴訟法總論

第一章 建構及解釋適用民事訴訟法之基本考量要素

| | |
|-------------------|----|
| 壹、前 言 | 4 |
| 貳、民事訴訟之目的論 | 4 |
| 參、民事訴訟之基本理念 | 10 |
| 肆、憲法之因素考量 | 12 |
| 伍、結 論 | 20 |

第二章 處分權主義

| | |
|--|----|
| 壹、概 說 | 21 |
| 貳、對於訴訟開始之主導權 | 22 |
| 參、對於訴訟對象、範圍之決定權 | 26 |
| 肆、對於訴訟終結之決定權 | 35 |
| 伍、處分權主義被架空之危機 ——當事人之程序或法官之程序？ | 37 |
| 陸、處分權主義之界限 | 39 |
| 柒、結 論 | 40 |

第三章 辯論主義

| | |
|-------------------------|----|
| 壹、前 言 | 42 |
| 貳、辯論主義之意義及其意識型態關聯 | 43 |

| | |
|--|-----|
| 參、辯論主義之具體內容..... | 47 |
| 肆、辯論主義之修正..... | 53 |
| 伍、結論——辯論主義作為中流砥柱？或明日黃花？..... | 61 |
| 附論、相煎何太急——從部分最高法院關於民事訴訟法 第288條適用之妥適性談起..... | 63 |
| 第四章 訴訟主體論 | |
| 壹、前言..... | 76 |
| 貳、法院..... | 76 |
| 參、當事人..... | 87 |
| 肆、第三人之參與..... | 99 |
| 伍、訴訟代理人..... | 101 |
| 陸、結論..... | 104 |
| 第五章 訴訟客體論 | |
| 壹、前言..... | 106 |
| 貳、主要訴訟標的之論爭..... | 107 |
| 參、部分挑戰傳統論爭之觀點..... | 111 |
| 肆、訴訟標的理論在訴訟上之作用..... | 117 |
| 伍、結論..... | 120 |
| 第六章 訴訟要件論 | |
| 壹、前言..... | 124 |
| 貳、訴訟要件之意義..... | 124 |
| 參、訴訟要件之種類及內容..... | 127 |
| 肆、訴訟要件之審查..... | 132 |
| 伍、欠缺訴訟要件之效果..... | 138 |
| 陸、結論..... | 139 |

第七章 訴訟行為論

| | |
|--------------|-----|
| 壹、前言 | 142 |
| 貳、意義與種類 | 142 |
| 參、訴訟行為基本問題 | 147 |
| 肆、訴訟契約 | 152 |
| 伍、訴訟行為之瑕疵與治癒 | 155 |

第八章 舉證責任法

| | |
|-----------------|-----|
| 壹、前言 | 160 |
| 貳、舉證責任法之基本問題 | 161 |
| 參、舉證責任分配法則之體系建構 | 164 |
| 肆、結論 | 178 |

第九章 部分民事證據法理之變遷

| | |
|----------------|-----|
| 壹、前言 | 181 |
| 貳、部分民事證據法課題之提出 | 182 |
| 參、實務見解之對應發展 | 198 |
| 肆、評估與結論 | 203 |

第十章 再論臺灣部分民事證據法學理及實務之新開展

| | |
|---------------|-----|
| 壹、前言 | 206 |
| 貳、證明妨礙 | 206 |
| 參、證據契約 | 224 |
| 肆、違法取得證據之可利用性 | 226 |
| 伍、實務見解 | 230 |
| 陸、結論 | 242 |

第十一章 裁判論

| | |
|-------------|-----|
| 壹、前言 | 246 |
| 貳、裁判之種類 | 247 |
| 參、判決之作成及其瑕疵 | 253 |
| 肆、判決之效力 | 256 |

第二篇 各級審級程序

第十二章 第一審程序論

| | |
|---------------|-----|
| 壹、前言 | 271 |
| 貳、訴之變更、追加及反訴 | 271 |
| 參、當事人恆定原則及其緩和 | 281 |
| 肆、集中審理之理想與實踐 | 288 |
| 伍、結論 | 299 |

第十三章 送達論

| | |
|---------|-----|
| 壹、前言 | 301 |
| 貳、送達基本論 | 301 |
| 參、結論 | 314 |

第十四章 上訴審

| | |
|-------|-----|
| 壹、前言 | 316 |
| 貳、第二審 | 317 |
| 參、第三審 | 328 |
| 肆、結論 | 333 |

第十五章 再審與第三人撤銷之訴

| | |
|-----------|-----|
| 壹、前言 | 335 |
| 貳、再審 | 336 |
| 參、第三人撤銷之訴 | 344 |
| 肆、結論 | 350 |

第十六章 簡易訴訟程序及小額訴訟程序

| | |
|---------------|-----|
| 壹、前言 | 351 |
| 貳、基礎法理 | 352 |
| 參、基本制度簡介 | 359 |
| 肆、部分實務上爭議問題提示 | 368 |
| 伍、結論 | 369 |

第十七章 裁定及抗告程序

| | |
|------------|-----|
| 壹、前言 | 371 |
| 貳、裁定概論 | 371 |
| 參、抗告及再抗告程序 | 378 |
| 肆、結論 | 387 |

第十八章 假處分程序

| | |
|-------------|-----|
| 壹、前言 | 389 |
| 貳、假處分之目的與類型 | 390 |
| 參、要件 | 391 |
| 肆、假處分聲請之裁定 | 395 |
| 伍、效力及撤銷 | 399 |
| 陸、定暫時狀態假處分 | 402 |
| 柒、結論 | 413 |

第十九章 督促程序與公示催告程序

| | |
|----------|-----|
| 壹、前言 | 416 |
| 貳、督促程序 | 416 |
| 參、對修法之評估 | 431 |
| 肆、公示催告程序 | 444 |
| 伍、結論 | 450 |

第二十章 家事事件程序概說

| | |
|-----------------------|-----|
| 壹、立法目的及特色..... | 453 |
| 貳、法理適用..... | 456 |
| 參、家事事件之合併審理..... | 462 |
| 肆、調解程序..... | 465 |
| 伍、程序監理人..... | 468 |
| 陸、暫時處分..... | 470 |
| 柒、結 論..... | 472 |
| 附錄 民事訴訟法部分條文修正草案..... | 473 |

第一篇

民事訴訟法總論



-
- 第一章 建構及解釋適用民事訴訟法
之基本考量要素
 - 第二章 處分權主義
 - 第三章 辯論主義
 - 第四章 訴訟主體論
 - 第五章 訴訟客體論
 - 第六章 訴訟要件論
 - 第七章 訴訟行為論
 - 第八章 舉證責任法
 - 第九章 部分民事證據法理之變遷
 - 第十章 再論臺灣部分民事證據法學理
及實務之新開展
 - 第十一章 裁判論

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON

BY
JOHN H. COOPER

VOLUME I
FROM THE FOUNDATION OF THE CITY
TO THE END OF THE SEVENTEENTH CENTURY

第一章

建構及解釋適用 民事訴訟法之基本考量要素

基本問題

1. 甲以乙用三字經辱罵伊，至感屈辱，起訴請求乙應賠償新台幣一元，問：若法院認為此一案件如為實質審理，傳訊證人，多次傳喚開庭，訴訟成本與起訴金額可能不成比例，可否認為此一事件欠缺訴之利益？法院在審理此類事件時，應注意何等法理之衝突及權衡？
2. 在我國判決書中經常出現「本案事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，已不足影響本院心證，爰不予逐一審酌論列，附此敘明。」此一判決書之記載是否違反何等程序法理？試評估之。
3. 甲法官在某醫療糾紛之證據保全程序中，無視聲請人合併請求保全證據類型及確定事、物現狀類型，而以被告○庚醫院為大型醫院，無竄改病例之虞，而駁回聲請人證據保全之聲請，是否合乎法理？
4. 甲與乙間之侵權行為訴訟，被告乙於二審始提出消滅時效抗辯，甲未提出中斷時效事由，法院仍以失權為由駁回乙之時效抗辯，是否與法理有違？

壹、前 言

民事程序法係國家任務之實現及國家力量介入私權紛爭之體現，因涉及國家之權力行使，其制度發展乃受意識型態、社會發展及國家學理論所影響。近年來，我國民事訴訟法已經歷巨大之變革，而其修法之指導原理，主要係基民事訴訟法之目的觀、民事訴訟法之基本理念及憲法基本原則等，足見上開建構民事訴訟法之指導原理，勢將成為爾後解釋及適用我國民事訴訟法制度之重要依據。

另關於建構及解釋適用民事訴訟法之考量因素，在以憲法為依據下之程序法原理，亦係重要之考量因素。其中關於辯論主義、處分權主義之立法政策決定，對於民事訴訟法之制度建構及解釋適用之法理發展，其影響尤其深遠。但基於行文之合目的性，關於辯論主義及處分權主義之修正與變遷，乃擬於其後章節論述；至於更高階段對於意識型態與民事訴訟法學發展之檢討，亦有待來者。本文乃僅就民事訴訟之目的論、民事訴訟法之基本理念及憲法對於民事訴訟法之影響等三者加以探討。

貳、民事訴訟之目的論

一、基本學說概論

國家設立民事訴訟制度之目的固可能因時代背景與法律思想之差異，而存在不同之觀察角度，亦即，在基於自由主義民事訴訟觀、社會民事訴訟觀與納粹之民事訴訟觀等在歷史上曾發生或在發展中之訴訟制度，各有其制度目的論，或基於個人權利角度出發、或自公益需要層面觀察、亦有欲求個人權利與公益之兩全者，不一而足。關於民事訴訟制度目的論之討論，其主要功能乃在於加強對訴訟制度建構（立法）及其解釋適用時之思考與理解之方向感及提

問之敏感度。

關於民事訴訟制度之目的論，在學理上有頗多討論，有主張權利保護說者、權利保障說者、紛爭解決說者、法和平維持說、私法秩序維持說者、程序保障說者、社會形成說者、多元說及法尋求說者等。¹就此一目的論爭議，其爭議之發生，可能係基於以下因素：其一、民事訴訟制度在立法形式表現，多不限於以實體判決作為唯一結果或發現之形式，例如亦承認訴訟上和解、調解（德國於其民事訴訟法且規定仲裁）等制度，因而僅自實體法角度出發之見解，對於若干亦在形式上被認為係屬於訴訟制度一環者，難以適切說明。其二、民事訴訟制度本身可能基於伴隨實務運作而發生若干獨立於實體法之需要，尤其司法制度人力、物力之擴充亦有其極限，在極限之外，即為基於公益角度訴訟觀之發展基礎，而此亦造成訴訟制度目的難以僅自實體法觀點詮釋之原因之一。其三、基於時代背景、時代精神及意識型態之發展，均可能影響當時論者對於民事訴訟制度目的之認知。

民事訴訟之目的是否可自單一取向獲致完整之理解，實存在疑義。我國關於民事訴訟制度目的論，有學者主張「法尋求說」，該說認為：民事訴訟制度之目的應是「法」之尋求、發現、提示。而且，其所尋求之「法」，係指存在於實體利益（如因特定實體法上權利經裁判為存在，即特定實體法規範被適用時所可能獲致之利益）與程序利益（如因程序之使用或減免使用所可能獲致之勞力、時間或費用之節省）之平衡點上之「法」，而非僅指在訴訟外從客觀上據以判定某私權存否時所適用之實體法規範而已。²此一將實體利益與程序利益進行平衡，並以程序保障作為其理論正當性之前提，在我國近年來於學界、立法及部分實務見解已發揮一定之影響。

¹ 相關見解介紹、論述及批評，參閱邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁161以下。

² 邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁158；程序選擇權論，2000年，頁276。

在德國，關於民事訴訟制度之目的觀，固存在不同之見解。惟其首要者應係「實體權利之確認與實現」，此一認為民事訴訟目的應為私權保護之見解，乃植基於其以私權保護作為國家任務之觀點。亦即，個人受實體法所保護之私權，因相對人惡意或無資力，或因事實與法律關係不明，以致未能獲得實現時，國家如為避免私人間以原始之自力救濟方法解決，則有必要設立民事訴訟程序以釐清當事人間之實體權義關係。但依民事訴訟法及其相關法規所規定之訴訟制度觀察，僅將民事訴訟制度之目的定位在私權保護說，可能過於狹隘。因在民事訴訟中有所謂團體訴訟制度（關於一般交易條款及不正競爭法等相關規定），乃具有公益追求之意義存在；而在民事訴訟法中又承認訴訟上和解等制度，其自亦具有紛爭解決之意義存在。³此外，論者亦有提出民事訴訟制度之「社會形成」功能，亦即經由訴訟制度而以法續造及法官裁量權之介入，以型塑當事人間之法律關係（尤其係具有展望性及弱勢者保障之法律關係），而與一般民事訴訟以確認過去發生事實與法律關係者，有所不同。⁴

雖關於民事訴訟制度之目的論具有高度之爭議，但值得思考者係，未能發現真實以實現實質正義之訴訟程序，果能維持私法秩序或恢復法和平及滿足當事人之正義法感需求？又雖紛爭解決說及社會形成說等於部分訴訟法上制度可能具有說明之功能，但能否成為訴訟制度之主要目的，可能仍有疑惑。例如雖承認訴訟上和解，但其實乃對於實體法上私法自治原理之尊重及重申，並不當然可認為民事訴訟制度可完全忽略對於真實之追求，而以紛爭解決為主要目的。⁵

³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, Rdnr. 3 m.w.N. 其並認為所謂客觀法維持說，乃訴訟程序當然結果，而法和平恢復則係私權確認之結果，均非獨立之訴訟目的。

⁴ 相關介紹，Schilken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 16 m.w.N.

⁵ 此部分理解嚴重影響對於訴訟制度建構之認知，是否將訴訟程序轉向強調和解

二、實體權利實現說之相對化現象

基本上，越強調個人私權保護者，對於訴訟制度之建構即越會以「發現真實」為指標，並對於當事人地位、權能、法官之闡明義務、證據程序、當事人真實義務等制度進行合目的性之規制。而此一合目的性規制之選擇，在不同法社會，有不同之思考基礎及存在於歷史上某特定時期之政策決定，不一而足。但對於因追求真實發現所可能導致之當事人在程序上之不利益（過度勞力、時間、費用之支出），在制度目的論之思考上應置於何地位，則為難題之所在。據此，私權保護說所追求之實質正義之實現，基於程序上之考慮，有必要被衡量及作適度之退讓。

此一將私法權利實現主義之相對化現象，在我國近年來備受關注。在制度建構上，關於審級制度⁶、簡易及小額程序、和解及調解制度之加強、消費者訴訟等固與私權保障說予以相對化有關⁷；即關於當事人訴訟促進義務之加強、第一審及第二審關於攻擊防禦方法失權制度之強化，及在舉證責任制度上強化對當事人證明妨礙之制裁，亦與民事訴訟制度目的論之走向有關。

私權保護說相對化之現象，有基於事件類型特性之本質者、有基於司法制度建構失能之法實證因素者、有基於私法自治及國民主權之相對應訴訟建制考量者，不一而足。但應注意者係，若不將實體權利之確認及實現說（私權保護說）作為主要之訴訟目的，而將其他基於訴訟上考量（程序利益立論者）或基於私法自治在訴訟制度上之呈現（紛爭解決論者），作為與實體權利之確認及實現目的

機制之利用，在德國及我國之新修正法，均帶有此一色彩，但對於實質正義及客觀真實之追求強度，可能有所不同。

⁶ 應注意者係，在德國新近修法已將第二審改為瑕疵控制及排除之審級特性，惟其修法目的乃基於為達人民於實體權利之滿足度升高及持續加強法律和平，參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年，頁403以下。足見在德國於追求訴訟效率時，對於實體私權之實現，仍多所注意。

⁷ 關於消費者保護訴訟與民事訴訟制度目的論關係，參閱邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁149以下。

觀等同以論或賦予較高比重者，則在訴訟理論上顯不能回答為何對於小額訴訟（例如一元訴訟）仍原則上不能以其缺乏經濟效益，或程序上不經濟等原因而逕以欠缺權利保護必要駁回之。⁸

尤其應注意者係，即使認為在部分案型，可基於當事人合意而成立與實質真實無關之和解或調解方案，或在部分情形，可促請當事人考慮程序不利益等，但仍不應否認，對於實質真實之發現係民事程序可以實現正義，滿足人民法感之重要基礎。尤其在未擴大律師強制代理及律師報酬一定範圍納入裁判費用而歸敗訴者負擔之情形下，過度強調程序不利益而要求當事人斟酌云云，勢將嚴重傷害人民法感。基本上，對於真實之發現，基於現實能力之有限，即使可在一定範圍內，不必執著百分百之客觀真實發現，而以非常高蓋然性為滿足。猶如欲登千仞高山，基於現實因素，對於大部分情形，容許以九成高度為滿足點，亦不能因此認為九成高度係所有人登山之終極目標。

三、勿忘來時路

關於訴訟當事人實體利益之實現與其在程序上所可能遭受不利益間之衝突問題，若該程序利益乃在國家已盡其投資建構有效司法制度之極致後，則倡導將該緊張關係委由當事人在訴訟中加以衡量，自主決定如何在訴訟中形成彼此能接受之法秩序，應屬可行。但若國家對於司法制度、法律制度之成本投資仍屬不足，事實發現制度之發展仍呈現落後者，則應盡量將實體利益之保護與實現置於較重要之地位，賦予較高之比重，應較能符合合憲性司法之基本任務；否則，若過於重視程序上之失能所生之不利益，而過度致力於和解（例如以不當諭示事實釐清之不可能，或訴諸司法負擔及以不

⁸ 其並衍生比例原則在民事強制執行程序之適用性及限制問題，參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年，頁289以下。自此亦足見民事訴訟實體權利實現之本質，及公益性考量之非等同性。

善、脅迫語氣施壓等），一旦操作不慎，恐傷及人民對於法治國之國家司法任務之基本信賴，而造成與鼓勵人民伸張權利之法意識相悖離之危險。

國家所以能將司法權壟斷，乃在於全體國民之權利委託，而國家將人民自力救濟權作原則性剝奪之正當性，乃建立在國家應設立一有效能之民事訴訟制度，而得對於權義不明之相關事實上及法律上關係予以釐清，以實現及保護當事人之私法上權利。⁹如此乃能對於訟爭當事人中真心求得正義者，不致沮其志。人民正義感不應因國家未盡力於設立使真相還原之訴訟制度而遭打折，各國於法治建設之投資各有不同，因而對於法治建設較落後國家，似不宜對於先進國家之法思想變革全面承繼，甚至更加超前，而造成於實務上可能引論失義或拿取雞毛當令箭，以程序而害實體，此乃實務操作上應謹慎注意者。

本書乃認為民事訴訟之目的，基本上仍係以「實體權利義務之確認」作為根本。但不排除紛爭解決、法續造，或其他與各國基本意識型態連結之思考方式（例如私法秩序、法和平等）。就比重而言，「實體權義關係確認」，可認為占百分之六十至七十，而紛爭解決說比重約百分之二十至三十，其餘占百分之十。而此一比重宣示，乃決定一國對達成慎重而正確裁判，尚應如何投注成本之問題。

民事訴訟目的觀直接影響民事訴訟制度之立法及實務解釋與運作，就部分以紛爭解決為首要價值之制度設計（例如訴訟上和解），其中關於程序利益之考量，應注意以獲得當事人自主衡量為前提（即在德國亦有可能發生以不當方式促進和解者）；而就部分例外承認使訴訟利益凌越實體利益之制度，其正當性，應設立若干要件（例如失權制度之可歸責性、違反促進訴訟義務及延滯訴訟

⁹ 為彌補正當當事人之合法權益不被訴訟之不利益侵蝕，應將訴訟費用、一定範圍之律師費用及其他因訴訟所生損失，命敗訴者負擔。

等），以資監控其合憲性。

參、民事訴訟之基本理念

民事訴訟法存在一定之基本理念（理想），此等理念亦影響民事訴訟制度之建構，其且得充當民事訴訟制度解釋適用之指導方針。民事訴訟法之基本理念主要包括：慎重而正確之裁判、公正裁判、迅速及訴訟經濟等。¹⁰

首先就慎重而正確之裁判而言，其乃基於民事訴訟法與實體法關係（即國家原則上禁止自力救濟後之權利救濟制度提供任務）所衍生發現真實之程序法基本要求。據此，國家應盡力提供一得有效率發現真實及妥當適用法律之訴訟制度，雖訴訟制度中，究竟應以辯論主義或職權探知主義之何者乃較能達到慎重而正確之裁判，可能有不同之政策取向思考，但關於證據調查程序、直接審理主義、言詞審理主義、合議制、準備程序、爭點整理程序、律師強制主義、上訴制度及再審制度等，則均為實現此一基本理念之方法。¹¹

其次，公平亦係民事訴訟法之理想之一，若審判者之裁判不公正，則司法正義亦無從實現。而為達到此一目標，民事訴訟法中乃有迴避制度之設立，以強化法官之內在獨立性。另為能使當事人獲得公平審判，公開審理主義及兩造聽審主義，亦具其意義。但有疑慮者係，闡明義務之行使固以法官不能偏私不公為界限，但何謂偏私不公則可能存在爭議。尤其在社會民事訴訟法思潮影響下，法官闡明義務一再被強化，但界限之研究卻顯不足，即有可能引致當事

¹⁰ 此等理念及其他為部分學者所主張並將防止突襲性裁判等程序保障論列入者，與憲法因素考量內容有重疊部分，但因在我國論者於憲法及民事訴訟法關係多未將之視為教科書之論述重點，因訴訟法之理念在我國多獨立被強調。

¹¹ 甚至為部分學者所強調之當事人訴訟上「協力義務」，或訴訟法上之當事人真實義務及一定條件下之當事人解明義務之加強等，均有促進慎重而正確裁判之理念實踐意義。

人一造權義遭受因法官從寬介入而產生之損害（例如關於時效、解除權行使、先訴抗辯權行使及代位權行使可否闡明之爭議）。

再者，訴訟事件能不遲延而迅速終結，亦為民事訴訟法之理想。關於訴訟遲延之原因頗多，包括法官基本學養、事件類型具特殊複雜性或專業性、法官遷調、法官辦案專心與否（是否外務太多）、律師於釐清案情是否盡心、未採律師強制主義、法官員額是否足夠（個別法官辦理案件是否過多）及訴訟制度設計不良（如第一審未擴大合議制）等。為解決積案不決情形，非一味以行政處分相脅，而應經實證研析其成因，對症下藥，乃得有功。另外，新修正民事訴訟法改採適時提出主義，並擴大失權之適用範圍，對於促進訴訟亦具意義，但關於失權之前提要件，在適用上應加以注意，以免淪為過度促進。¹²至於我國關於飛躍上訴制度之增設，亦與訴訟迅速終結有關。

此外，訴訟經濟亦為民事訴訟之基本理念，據此，應使訴訟上當事人之勞力、時間及費用之成本支出盡量合理地降低，及使無資力之人亦有接近法院之機會。在民事訴訟法中不乏基於訴訟經濟之考量者，例如訴之合併、變更及追加、訴訟移送、簡易程序、選定當事人制度之改革（尤其係新修正民訴法第44條之1及第44條之2）、第三審制度變革（例如民訴法第476條）及關於訴訟救助規定等，均有訴訟經濟之意義存在。

至於訴訟上要求擴大訴訟制度解決紛爭之機能，及在制度運作上應避免裁判矛盾等要求，亦在民事訴訟法制度建構或法規之解釋適用上，具有重要之影響。尤其在法官闡明義務範圍、訴之主觀合併、訴之客觀合併、訴之變更追加、訴訟標的理論、既判力、爭點效、和解制度機能之擴大化（第三人及訴訟標的外事項之介入容許性等）、承當訴訟、訴訟繫屬通知及登記、擴大將來給付之訴及確

¹² 失權制度要件之詳介，參閱拙著，新民事證據法論，2004年，頁353以下；許士宦，程序保障與闡明義務，2003年，頁297以下。

認之訴之範圍及第三人之訴訟參與（例如訴訟告知之加強）等制度改革與相關爭議，均與上開要求之具體化有關。¹³但於此等制度之解釋適用，仍應注意其是否已對被擴大審理對象之主體與客體範圍，作適當之程序保障及必要時須與法安定性進行取捨衡量。

應注意者係，前開民事訴訟法之基本理念，其彼此間固有契合可能，但亦可能存在衝突關係，例如在有限司法資源之下，慎重而正確之裁判與迅速之要求二者間，即存在緊張關係。而在闡明權之行使及訴訟標的理論發展以擴大訴訟解決紛爭機能為指導原則下，可能因法官過度介入，以致造成不公平裁判，亦即法官可能形同當事人一造之代理人（例如偶見法官在無當事人提供任何主張為根據下，為判決簡單化，教導當事人行使解除權之意思表示），其對於另外一造所得受之實體法上時效或除斥期間之權利保護功能，將有所侵害。

肆、憲法之因素考量

關於憲法及民事訴訟法關係之研究，乃德國自第二次世界大戰以來，民事程序法領域之學術研究主流，而民事程序法亦被視為「運用之憲法」，此一現象乃被稱為「程序之憲法化」。即在我國，近二十餘年來，民事程序法之發展亦深受憲法之影響，其無論在學術文獻上之討論或實務見解之發展，均見明顯之作用，¹⁴而在近年關於民事訴訟法之修正，亦多以此為依歸，足見憲法對於程序法之指導功能，已在我國生根成長。憲法對於民事程序法發展之影響

¹³ 對於訴訟中強調應尊重當事人自主衡量實體利益及程序利益之權利，學者特別指出程序利益保護原則者，參閱邱聯恭，程序利益保護論，2005年，頁1以下。

¹⁴ 我國司法院大法官會議亦對於民事訴訟法作出不少解釋，例如釋字第153號、第160號、第177號、第179號、第192號、第209號、第229號、第240號、第244號、第256號、第355號、第416號、第482號、第504號、第530號及第539號等。

有頗多之層面，¹⁵限於篇幅，資僅擇其數端說明。

一、獨立之裁判機關

首先，裁判機關之獨立性確保乃實現公正裁判理念之基礎，基於權力分立原則，司法（裁判）權被認為應獨立於行政權與立法權之外，以確保其裁判公正、人權保障之功能得獲實現。審判獨立之內容，存有不同分類。就組織上之獨立性而言，為排除其他力量的干預，裁判機關被期許具有中立性，因而對於可能影響裁判機關中立性之行為，應予避免，例如對職務不相容行為或職位之避免。

又基於裁判機關應具有事物之獨立性與身分之獨立性。就事物獨立性而言，裁判機關之重要本質乃具體裁判活動不受指令拘束，但就此一獨立性之保障方式，於不同國家可能有不同之實踐方式，例如藉由評議秘密制度或經由法官自治所選出之法官委員會進行事務分配等，均與法官事物獨立性相關。雖法官獨立性之內容包括法官獨立於政府或行政，但其與法官之職務監督間關係仍為難解之問題。例如，法院院長就法官之不準時開庭或開庭態度固有監督之空間，但就辦案之遲延如何程度進行監督始不構成侵害法官辦案之獨立性，即成難題；是否為一般性督促遲延案件之進行，而禁止對個案為審結指示，即為不侵害法官辦案獨立性，值得探討。¹⁶

就身分上之獨立性而言，主要係涉及法官之身分保障問題，其乃表現在法官之不可遷調、解職之保障。其中，且以法官之終身職

¹⁵ 其詳參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年，頁3以下。

¹⁶ Schlosser, Zivilprozessrecht I, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 87. 聯邦最高法院曾認為就法官工作之核心領域不得為職務監督，但就外圍秩序則得為監督，此一見解卻亦存在部分爭議。Vgl. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 469 m.w.N. 在我國應注意司法院大法官會議釋字第530號，其認為司法行政機關為使人民之司法受益權獲得充分而有效之保障，對法官之職務於不違反審判獨立原則之範圍內，自得為必要之監督。法官於受理之案件，負有合法、公正、妥適及時處理之義務，其執行職務如有違反，或就職務之執行有所懈怠，應依法促其注意、警告或予以懲處。此號解釋對於法官之司法行政監督問題提出具體之見解，亦引發頗多爭議。其中就案件遲延之監督問題，仍宜審慎。

保障為最直接之制度肯認。另外，就法官身分獨立之制度保障中，較具爭議者為關於法官考績之問題，雖在德國實務原則上認為法官考績制度可被視為合法，但如何防止此一制度侵蝕法官之獨立性，仍非無研究餘地。¹⁷

二、法治國原則

法治國原則對於民事訴訟程序之影響主要表現在依法審判、法定法官、法律安定性、個案正義及比例原則等，本文僅略就法律安定性及個案正義之關係加以說明。¹⁸

法律安定性與個案正義在民事訴訟法之實踐上，並非均呈平衡與和諧狀態，於若干情形，法律安定性與個案正義間乃呈現緊張衝突關係，於此情形，如何取捨即成為民事訴訟法之理論上困難。程序法律安定性所表徵之意義，乃利用法律制度之國民對於法律及制度得有預測性、可估計性，於其所應受之風險及成本亦能加以計算，並具有對制度信賴及貫徹法律平等性之意義。程序法係國家力介入之法，其中具有國家行為之介入問題，其程序運作且須符合不特定眾多國民之需要，其程序設計即應以透明化、可預測性、定型性為尚，對於不確定法律概念及賦予法官廣泛裁量權（非訟化）之規定，應被要求符合事件本質特性之需要及被要求其正當性之說理。

民事訴訟中關於舉證責任分配之問題，乃用以說明法律安定性在訴訟中之界限及個案正義之例外性之適當例證。¹⁹就舉證責任分配

¹⁷ Schlosser, a.a.O., Rdnr. 94. 在我國關於任免「庭長」是否抵觸憲法第81條法官身分保障規定問題，司法院大法官會議釋字第539號採否定之見解。

¹⁸ 其餘原則之探討，可參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年，頁12以下；魏大曉，訴訟基本權在民事訴訟法之實現，月旦法學雜誌，105期，2004年2月，頁122以下。

¹⁹ 另外，關於既判力、爭點效、訴訟參加之效力及第三人撤銷之訴等，亦均與法律安定性原則有關。

理論固向存在不同之見解，但德國法之規範理論或我國法之所謂特別要件說因具有法律安定性而較能被接受。Rosenberg乃以法條之構造關係分析出發，建立所謂之規範理論。其認為舉證責任分配原則乃係，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。亦即，各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證。²⁰Rosenberg將實體法法律規範區分為權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範或權利受制（抑制）規範。規範理論之要義乃，主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件負舉證責任。²¹此一舉證責任分配原則，非唯符合德國民法草案第一九三條（主張請求權者，應就發生該請求權所須之事實為舉證；主張請求權消滅，或主張請求權之效力受制者，應就發生消滅所須事實，或發生受制所須事實為舉證）之內容，且亦為德國學界及實務多數所承認之舉證責任分配一般原則，而其因符合法律安定性之要求，於德國備受重視。但因其具有若干盲點，例如區辨權利發生要件與權利妨礙要件有困難，且若僵化以此規則適用於所有類型案件，可能導致不公平，於個案正義無法兼顧。²²因而對此一理論加以挑戰者，前仆後繼，雖如此，但諸如蓋然性理論、危險領域理論、多樣原則說及危險提升說等見解，均因缺乏法律安定性而無法取代規範理論成為舉證責任分配一般原則。

應注意者係，規範理論之適用可能在若干案型無法滿足個案正義，因而在證據法上乃又創立若干舉證責任減輕制度，此部分理念亦得自我國民事訴訟法第二七七條但書之增訂獲得法依據及其印

²⁰ Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 98 f.

²¹ Rosenberg, a.a.O., S. 105 f. 參閱駱永家，民事舉證責任論，1995年，頁76。

²² 對於規範說之批評見解介紹，參閱陳榮宗，舉證責任分配與民事程序法，第二冊，1984年，頁27以下。就舉證責任分配理論可充作責任加重手段以及於若干責任類型應允許彈性之舉證規則之問題，vgl. Stoll, Haftungsverlagerung durch beweismittelrechtliche Mittel, AcP 176, 146 ff.; 173 ff.

證。修正後民事訴訟法第二七七條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」其修正理由主要係「因僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難。故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則……。」自此一立法理由之論述，顯見立法者於實質正義亦有所察覺，並用以修正舉證責任分配一般原則，但就此一但書之修正，如何避免其在個案中任由法官恣意濫用，而成為法律安定性之終結者，則須透過類型化考量，而此應為從事理論建構及實務家所不應忽視之原理。²³

三、社會國原則

就民事訴訟程序與社會國原則之關係而言，訴訟救助及法律扶助乃其中關注之焦點。就法律扶助而言，在我國已完成立法，應對於弱勢者之法律保護有所助益。若爾後尚能就訴訟保險觀念加以推廣，應於弱勢者之照顧較能趨於完全。而就民事訴訟法訴訟救助制度之設立，主要係鑑於民事訴訟法要求利用民事訴訟程序之當事人須支出訴訟費用，其結果可能造成無資力者，因不能負擔訴訟費用之支出，而導致不能接近法院與利用訴訟程序以解決私權紛爭，為避免經濟弱勢者之訴訟權利遭受不適當之限制與剝奪，自有予以救濟之必要。訴訟救助制度即為救助經濟弱勢之當事人而設立，其乃為民事訴訟法社會化²⁴之重要表徵；而其基礎思想且與現代憲法基本原則有密切關聯，相關憲法原則主要包括平等原則、法治國原則、

²³ 參閱拙著，新民事證據法論，2002年，頁193以下；拙著，程序法律安定性之終結者，月旦法學雜誌，106期，2004年3月，頁245以下。

²⁴ 就社會民事訴訟法之歷史發展，vgl. Trepte, Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, 1994, S. 35 ff.; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 49 ff.

社會國原則等。在德國，一般認為，社會國原則聯結法治國原則、平等原則應可推得於民事程序中建立訴訟救助制度之必要性。

我國民事訴訟法新近修正於弱勢者之保障亦多所注意，例如民事訴訟法第二十八條第二項關於合意管轄之限制、第一〇九條、第一一〇條、第四六六條之二等關於訴訟救助之規定，另第四十四條之四及假扣押於家事事件適用之相關規定（民訴法第526條及第529條），亦均有體現社會國原則之意義存在。

四、基本權

民事訴訟法與基本權之關係至為密切，無論在學理探討或於修法方向上之作用，人性尊嚴、財產權、自由權及公正程序請求權等權利對於我國修正民事訴訟法有指導性之功能。而關於訴訟權之保障，尤其係我國民事訴訟法發展之重心所在。在此，限於篇幅，並無法就個別基本權之內容均予說明，擬僅就武器平等及合法聽審權略述之。

武器平等原則之憲法基礎，主要係憲法所保障之平等權規定，但其尚可包括法治國原則與社會國原則二者。亦即，經由法治國原則與平等權二者規定，可推得國家須保障訴訟當事人間之武器平等；而基於平等權與社會法治國原則，更要求國家須保障資力較低劣之訴訟當事人得獲訴訟上救助，以保障其平等接近法院之權利及保障其能獲得司法救濟之權利。

另就程序法意義下之武器平等原則而言，所謂程序中當事人武器平等原則之定義，係指當事人無論其訴訟中為原告或被告，或訴訟外係高低階層之關係，於訴訟中之地位一律平等；²⁵法官因此負有經由客觀公正程序進行，無成見地使用與評價當事人雙方之主張，

²⁵ Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, 1983, S. 23, Fn. 83; Mes, Der Rechtsschutzanspruch, 1970, S. 74. Vgl. Bötticher, 1979, S. 10; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 1985, S. 98 f.; Debernitz, Das Recht auf ein sachgerechtes Verfahren im Zivilprozess, 1987, S. 100.

無偏私地運用法律及履行其他程序上義務，以確保當事人地位之平等；而惟經由武器平等原則，乃得強化正確判決獲得之可能性。若就武器平等原則之意義為進一步解析，可將之區分為形式意義之武器平等原則與實質意義之武器平等原則二者。就前者而言，武器平等原則意謂當事人於法院或法官前之平等地位，任一當事人不能有優於他造之地位，亦不得有劣於他造之地位。在訴訟中無論當事人之地位為原告或被告，或訴訟外當事人有不同之身分、階級、地位，於法院前均一律平等。此一定義，基本上係自憲法所保障之平等權所為直接推論。其於程序法建構之立法論上固屬重要，但得否認為法官基於此一定義下之原則應為如何具體化之適用與手段採取，則有疑義。因而實質意義之武器平等原則乃強調當事人於法院前之實質性程序地位之平等性（等值性），其不僅強調於立法制度上當事人應獲有同等訴訟程序上之地位，且強調程序上之機會平等性，並認為法院除不得恣意對一方為有利或不利之偏私性訴訟指揮外，並應注意在程序法上法則之解釋適用，及注意調整當事人事實上之不平等性。

具高度爭議者係，是否得自武器平等原則推得在個案中，若法官認為適用舉證責任分配一般原則有失公平時，即可進行舉證責任分配之調整？此一問題，在我國民事訴訟法第二七七條但書之理論發展具有重要地位。在醫師民事責任程序中，德國乃基於過失責任原則，發展對於各構成要件之舉證責任減輕制度，以期達到武器平等之要求，但在我國，因有消費保護法是否適用於醫師、律師等自由業者之爭議，在舉證責任分配法則之發展上，仍未如德國法之細緻。有趣者係，在理論上，如將醫師民事責任中之侵權行為請求權，及債務不履行請求權之「可歸責性要件」之舉證責任，均轉換為由醫師負舉證責任（此即較德國法者為嚴苛），而另又將因果關係及損害等問題在一定類型予以舉證責任減輕，則如何尚得認為對被害人之保障仍有不足者，而存在必定堅持無過失責任制度之理由？

就合法聽審權而言，在我國多將之納入訴訟權內涵討論，或以所謂當事者權論之；惟在德國，其乃德國基本法第一〇三條所明文規定保障者，而在建構或解釋民事訴訟法規定時，其係不可或缺之審查基準。

在德國民事訴訟法學理，固已受合法聽審權理論所引導；即在實務上，憲法法院受理之訴願案件中以侵害當事人合法聽審權為據者數量亦多。即在我國，近年來於民事訴訟法之學理研究亦著重在對訴訟權之保障，其無論係關於民事訴訟法目的論、突襲性裁判防止、聽審權保障、程序利益保護論、程序選擇權及訴訟法理與非訟法理之交錯等理論，均對學理、實務或立法層次深具影響。應注意者係，在我國實務上乃認為：憲法第十六條規定人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院為適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權（大法官會議釋字第482號參照）。因而在我國，合法聽審亦為憲法訴訟權保障之重要內涵之一，應無疑義。

即在立法上，我國民事訴訟法關於合法聽審權保障之條文頗多，例如民事訴訟法第六十七條之一、第一九九條、第一九九條之一、第二二二條第四項、第二四四條第四項、第二五四條第四項、第二六二條第三項、第四項、第二六五條、第二六六條、第二六七條、第二六八條、第二八二條之一第二項、第二八八條第二項、第二九六條之一第一項、第三二一條第一項但書、第三四五條第二項、第三四七條第二項、第三七三條第二項、第四四四條之一等。其中，應特別注意第一九九條與第一九九條之一規定於突襲性裁判防止之功能；亦即，就法官如何於審判時為如何適度公開心證及表明法律見解之理論發展，將深刻影響我國合法聽審理論於實務、理論之實踐與發展。

伍、結 論

在我國，對於民事訴訟法之學習，已難僅止於法條邏輯演繹。即實務家對於相關制度之運作，亦難僅自條文本身即可獲得自明之理及確切之操作規則。我國民事訴訟法已經數次之重大修正，其修正方向固與對於民事訴訟之目的觀、民事訴訟法之理念及憲法原則之作用等相關聯。應注意者係，依隨對於民事訴訟目的觀之理解有所不同，則對於真實發現之執著度亦將有所區異；而各民事訴訟法之理念於執行面所可能面臨衝突與價值選擇（取捨）之問題，其對於在解釋論層次之問題解決，尤其具有重要釐清及引導論證之功能。至於憲法原則及價值對於民事訴訟法之制度建構及其在解釋論上之影響，在我國民事訴訟法之發展，已居於至為重要之地位，不應輕忽。

值予提醒者係，法律制定公布施行時乃為法律生命之開始，而非結束。對於法律受限於時代精神之本質如有所認識，則執法者應對其尋找與確認時代價值之任務得有更深刻之體會。而凡在憲法價值許可下，實務家對於法律如何適應時代及人民需要，不應受限於一時立法之形式，而應基於其良知及該法之基本法理考量，為利益衡量及價值判斷，以行適切之法律適用及裁判活動，並賦予法律生命持續成長之活力。

第二章

處分權主義



基本問題

1. 甲起訴主張乙自民國九十二年二月初起無權占有甲坐落台北市某址之土地一筆，爰起訴請求返還該筆土地。問法院可否闡明甲是否一併請求乙因無權占有所生之不當得利或侵權行為損害賠償？
2. 試就民事訴訟法第一九九條之一規定，解析我國民事訴訟法對於訴訟標的是否有採取一定之見解？
3. 處分權主義在民事訴訟程序及非訟事件程序中，是否有適用密度之區別，試說明之。
4. 訴訟標的相對論是否過於偏袒原告之程序處分權，而忽略被告對於程序之參與權？又此一理論是否與法安定性相牴觸，有否調和機制或空間？試分析之。
5. 法官闡明義務與處分權主義間是否有衝突關係？試舉例說明之。
6. 甲起訴主張其對乙有可選擇之債權，請求「乙將某屋登記於甲或交付某廠牌及車號名車」，此請求是否合乎程序法理？

壹、概 說

處分權主義與辯論主義乃建構民事訴訟程序之二大原理，所謂處分權主義係指就訴訟之開始、審判之對象、範圍及訴訟之終結，以賦予當事人主導權為原則者。其法理基礎，係以民事訴訟乃為解

決私權紛爭之程序，其與實體法之基本價值或原理相關聯，而因民事實體法係以私法自治作為其相關制度之設計基礎法理，對於為貫徹及實踐該等實體權利之訴訟制度，原則上自亦應尊重當事人之自主意思決定。其與辯論主義之主要差別乃在於辯論主義主要係處理關於訴訟資料之問題，而處分權主義則與訴訟標的直接相關。

對於處分權主義之基本法理依據，雖傳統上有如上觀察，但應注意，我國近年來，於學說之發展上，對於處分權主義所關涉法理及對象之理解，部分學說有提出足以擴展視野之看法，而其與外國學理發展未必相當，乃具有本土發展之特色。尤其，學說有採程序利益與實體利益求取平衡之訴訟觀，而認為處分權主義不僅係基於私法自治原則之貫徹，且應同時自源於國民主權等原理及有關訴訟權、財產權、自由權、生存權等憲法上保障之程序基本權以尋求其根據者。¹此部分理論之發展即值得觀察。

貳、對於訴訟開始之主導權

對於處分權主義之理解，首先，就向來較為狹義之理解，乃認為就訴訟開始之主導權乃歸由當事人任之，亦即，無論起訴、上訴、再審等程序，其開始均應由當事人主導，法院不得依職權開始。法諺所云「無原告即無法官」或所謂「無起訴即無裁判」，即此之謂。

處分權主義內容固以訴訟開始之主導權為其第一指涉對象，但亦有提出較為寬廣觀察角度者，亦即，除是否起訴、提起上訴或再

¹ 參閱邱聯恭，司法之現代化與程序法，1992年，頁134。應注意者係，在不採律師強制代理制度，及敗訴者應負擔對造律師費用，及所有相關因訴訟所支出或損害之訴訟制度，當事人於訴訟中因訴訟所可能造成對於其原本所追求實體利益之侵蝕，固應重視。但是否因此而須放棄以實體正義之追求為主要目標，抑或應朝改革上開訴訟制度，而今違約侵權者，負更多對於訴訟成本累計支出負擔之算計與顧慮，應為訴訟制度發展上，值得注意之問題。

審之決定權外，對於當事人基於訴訟契約或法律明定而得據以選擇之實質性替代或前置程序，甚至係得直接或間接影響審理主體與途徑者，亦可能被置放在處分權主義範圍加以討論。但應注意，此等就相關直接或間接得影響當事人程序處分權發動之因素，在傳統上並不當然被列入處分權主義範圍加以論述。

若自上開較廣義性之觀察角度出發，則關於保障當事人於訴訟途徑之選擇及某程度承認當事人得合意其事件之適用程序等，亦得在處分權主義之內容中加以討論。首先，就擴大訴訟外解決紛爭機制而言，民事訴訟法第三六八條之規定於新近修正時，擴大容許聲請保全證據之範圍，並承認當事人在本案尚未繫屬之保全程序期日到場時，得成立證據保全程序中之協議（且及於關於訴訟標的而具執行力之協議），此一制度除可提供當事人傳統意義下之為將來訴訟保全可用之證據及可促進集中審理外，並且提供當事人訴訟外解決紛爭之機制，而對於當事人是否採用訴訟途徑（即是否起訴）之處分權行使具有一定之意義。²又為使處分權主義之發動獲得更多元豐富之考量基礎，對於其他得以充當解決民事糾紛事件之解決途徑，亦應被保障及加強，例如政府機關或人民團體之調解、調處、法院之調解、公證制度（公證法第13條）及仲裁制度等。在實務上，鄉鎮市公所調解委員會之調解對於民事事件之解決，頗具實效，於當事人權益保護及疏減訟源，有正面積極之意義存在。

又仲裁制度於具專業性、時效性、國際性等商事或民事事件，乃深具實益之制度；依仲裁法第四條規定，仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為言詞辯論者，不在此限。

² 對於總統副總統選舉罷免法中相關訴訟準用民事訴訟法規定者，其對於證據保全程序得否進行驗票，似與一般程序中討論於證據保全程序中得否有閱視權之問題相當，若能充分理解證據保全程序之本質及目的，或許在實際案例之處理，其攻防重心或可轉移於證據保全程序，其非唯可保全時效，且亦有預防紛爭擴大之效用。但實務上乃有僅就相關選票及名冊准予「封存」者，參閱台灣高等法院93年度聲字第68號民事裁定。

原告逾前開期間未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。又當事人一造違反仲裁協議所提訴訟，經法院裁定停止訴訟程序後，如仲裁成立，視為仲裁庭作成判斷時撤回起訴。此一規定以停止訴訟聲請及非經本案言詞辯論為前提，似已就將仲裁協議之存在視為係實體判決障礙事由之理論予以修正。³

除上開提供當事人得以訴訟或其他方式解決紛爭之多元制度設計之外，在訴訟上，對於訴訟程序之實質內容，亦賦予當事人自主選擇之機會，例如民事訴訟法第四二七條第三項規定不符合第一項及第二項規定之訴訟，得合意適用簡易程序；而同法第四三六條之八第四項亦規定關於請求給付金錢或其他代替物或有價證券之訴訟，其標的金額或價額在新台幣五十萬元以下者，得以當事人之合意適用小額程序。又因訴之變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部，不屬第四二七條第一項及第二項之範圍者，當事人亦得合意繼續適用簡易程序（第435條）。甚至在小額程序之第二審判決，如經兩造同意，亦得不經言詞辯論為之（第436條之29）。此等規定，雖係為尊重當事人自主衡量實體及程序利益後之選擇權利，但其個別規定於當事人之接受度應有差異，而其實際運用之有效度尚待觀察。

另外，在上訴審部分，民事訴訟法第四六六條之四規定所謂飛躍上訴制度，據此，當事人對於第一審法院依通常訴訟程序所為之終局判決，就其確定之事實認為無誤者，得合意逕向第三審法院上訴。而在德國，為訴訟經濟及促進訴訟考量，其新修正民事訴訟法第五六六條亦規定飛躍上訴（Sprungrevision）制度。就德國飛躍上訴之制度，應注意其適用要件乃包括相對人同意與第三審法院許可該飛躍上訴。⁴而德國飛躍上訴之許可聲請乃須符合：一、法律問題有原則上之重要性者或二、為法之續造或確保裁判一致性而須第三

³ 相關理論建構，參閱邱聯恭，程序選擇權論，2000年，頁215以下。

⁴ 相關制度介紹，參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年，頁429、430。